

RENATA FERREIRA DE SOUSA

**ASSINATURA BÁSICA DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA:
análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral
de Telecomunicações**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Leonardo Roscoe Bessa

BRASÍLIA

2009

Este trabalho é dedicado a Deus, minha luz, meu guia e responsável pelo meu existir.

Aos meus pais, Raimundo e Idelma, exemplos de dedicação e esforço em prol de meus estudos.

Ao Gustavo, pela paciência e pelo companheirismo durante toda a jornada acadêmica.

RESUMO

O presente estudo tem por escopo a análise dos aspectos materiais relativos à questão da tarifa de assinatura básica do serviço de telefonia fixa, à luz do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Telecomunicações. O problema central diz respeito à possibilidade ou não de se efetuar uma cobrança mensal de valor fixo fundada no custeio da manutenção da infraestrutura do serviço e não no efetivo uso por parte do consumidor. De um lado, argumenta-se que tal prática é abusiva. De outro, que uma eventual supressão da tarifa prejudicaria a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Sustentam, ainda, a previsão da cobrança em Resolução editada pela Anatel. Objetiva-se, ademais, examinar o atual cenário das telecomunicações no Brasil, a aplicabilidade do CDC ao serviço telefônico fixo e a abordagem da temática nas esferas do Poder Judiciário e Legislativo. Trata-se de uma importante controvérsia, responsável por um grande embate judicial, cuja relevância social é de natureza incontestável.

PALAVRAS-CHAVE: Telecomunicações; serviço público; telefonia fixa; tarifa; assinatura básica; consumidor, abusividade; ilegalidade; competição; universalização, modicidade tarifária; Diálogo das Fontes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL.....	6
1.1 A questão da tarifa de assinatura básica no serviço de telefonia fixa.....	6
1.2 O novo modelo de telecomunicações no Brasil: o advento da Emenda Constitucional nº 08/95.....	10
1.3 A Lei Geral de Telecomunicações: universalização do acesso, modicidade tarifária e competição.....	14
1.3.1 <i>Universalização e Modicidade Tarifária</i>	14
1.3.2 <i>Competição</i>	16
1.4 O papel da Agência Reguladora – ANATEL	17
1.5 As incongruências do atual modelo de telecomunicações brasileiro. Desuniversalização do serviço via assinatura básica e ausência de competição.....	18
2 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	22
2.1 O advento do Código de Defesa do Consumidor	22
2.2 Conceito de consumidor strictu sensu	26
2.3 Conceito de fornecedor de produtos e serviços.....	29
2.4 Da aplicação do CDC aos serviços públicos	31
2.5 Solução de controvérsias mediante o “Diálogo das Fontes”.....	34
3 CONTROVÉRSIAS SOBRE A LEGALIDADE OU NÃO DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA.....	39
3.1 Tarifa mensal e a Lei Geral de Telecomunicações	39
3.2 Assinatura básica à luz do Código de Defesa do Consumidor	46
3.3 Natureza jurídica da assinatura básica.	50
3.4 Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 356.	53
3.6 Do Supremo Tribunal Federal	56
3.7 Do Poder Legislativo	57
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Milhares de ações tramitam no Poder Judiciário Brasileiro com o objetivo de declarar a nulidade da cobrança da tarifa mensal do serviço telefônico fixo, a assinatura básica. Tal assertiva já demonstra a grande relevância jurídica e social da temática, que inspira o presente trabalho monográfico.

Em síntese, o problema gira em torno da possibilidade ou não de se efetuar uma cobrança mensal fundada, tão somente, no custeio da infraestrutura e manutenção do serviço de telefonia fixa e não na efetiva utilização por parte do consumidor.

Questiona-se que a assinatura básica violaria o Código de Defesa do Consumidor por se tratar de uma prática abusiva, já que exige do consumidor um valor fixo desvinculado da prestação de serviço, ou seja, da realização de chamadas. Por outro lado, concessionárias fundamentam a cobrança em resoluções da Anatel, na Lei Geral de Telecomunicações, bem como no direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado com o Poder Público.

A fim de destrinchar tal problemática, mormente as questões de direito material, o presente estudo visa, preliminarmente, analisar o atual cenário de telecomunicações brasileiro, destacando os principais fundamentos da política de privatizações, adotada a partir do advento da Emenda Constitucional nº 08/95. Dentre os princípios basilares estão a universalização do serviço, a competição e a constante busca por tarifas e preços módicos.

Outrossim, almeja-se examinar a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação firmada entre o usuário e a concessionária prestadora do serviço público de telefonia fixa. Tal ponto é de extrema importância, já que permitirá a análise da

assinatura básica sob uma perspectiva consumerista, não restrita apenas ao arcabouço regulatório das telecomunicações, como sustentam as empresas de telefonia. Cumpre, da mesma forma, destacar a necessidade de um diálogo entre os diplomas normativos que regulamentam a matéria, em busca de um fim justo, comum e harmônico de ambos.

Por fim, passa-se a abordar os argumentos a favor e contra a cobrança da tarifa mensal do serviço telefonia fixa, à luz da doutrina e da legislação pertinente, qual seja o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Telecomunicações. Igualmente, procura-se verificar sua natureza jurídica e como a questão vem sendo tratada nas esferas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, guardiães, respectivamente, das normas federais e constitucionais, bem como no âmbito do Poder Legislativo.

1 TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

1.1 A questão da tarifa de assinatura básica no serviço de telefonia fixa

É incontestável o papel das telecomunicações no atual contexto mundial. O estreitamento das relações econômicas, culturais e sociais entre os países está intimamente ligado ao desenvolvimento da tecnologia e a facilidade da obtenção de informação. As telecomunicações eliminam fronteiras, já que transações comerciais tornam-se cada vez mais ágeis e fáceis, contribuindo assim com o desenvolvimento do capitalismo mundial.

E é por isso que se reconhece a importância do livre acesso ao serviço de telecomunicações e a necessidade de uma política que viabilize sua inclusão até as parcelas mais pobres da sociedade.

Entretanto, apesar de um favorável cenário normativo, o setor de telecomunicações é o campeão de reclamações junto às entidades de defesa do consumidor, às Assembleias Legislativas, bem como ao Poder Judiciário. Tais reclamações dizem respeito, principalmente, à cobrança da tarifa de assinatura básica no serviço de telefonia fixa, que desde o advento do modelo de privatizações foi objeto de crescentes reajustes, tornando cada vez mais difícil a manutenção da linha telefônica por parte da população mais carente do país.¹

O aumento encontra respaldo nos contratos de concessão do serviço telefônico fixo, que garantem as concessionárias a opção do reajuste de até 5% acima do IST

¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de Ouvidoria de junho de 2004 a junho de 2005.** p. 47-48 Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=114466&assuntoPublicacao=Relatório.pdf>.> Acesso em: 02.04. 09

(índice setorial de telecomunicações) sobre qualquer item integrante da cesta telefônica. Trata-se do chamado Fator de Excursão. Este, ainda foi objeto de redução, já que até o ano de 2006, a porcentagem correspondia a 9% sobre o IGPD-I. Curiosamente, o reajuste recai, primordialmente, sobre a assinatura básica, o que acarreta nítida discrepância entre o seu valor e a dos demais serviços, tais como a habilitação.²

Ademais, é evidente o regime de monopólio instaurado no serviço de telefonia fixa, o que acaba distorcendo todo o ideal de competitividade norteado pelo processo de privatização da Telebrás. As chamadas empresas-espelho não conseguem competir de forma igualitária com as grandes concessionárias, que dominam 90% do mercado. Tal conjuntura contribui para fixação de altas tarifas em detrimento do usuário, que não possui liberdade de escolha, e acaba assumindo o pagamento de vultosos valores, ou abrindo mão da linha telefônica.³

Atualmente, a tarifa de assinatura básica corresponde, em média, a praticamente 10% do salário mínimo vigente, ou seja, em torno de R\$ 40,00. É interessante ressaltar que em 1998, a assinatura mensal estava na faixa de R\$ 13,00. Antes do atual modelo de privatizações, a assinatura básica custava em média R\$ 0,13.⁴

Até o ano de 2006, ao pagar a tarifa, o usuário adquiria uma franquia mensal de 100 pulsos. Hoje, após a conversão pulso/minuto, mediante a edição da Resolução da

² AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de Ouvidoria de junho de 2004 a junho de 2005.** p. 48 Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=114466&assuntoPublicacao=Relatório.pdf>>. Acesso em: 02.04.09

³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório Anual de 2007.** p. 54 Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=222356&assuntoPublicacao=Relatório.pdf>>. Acesso em: 02.04.09

⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de Ouvidoria do ano de 2007.** p. 17 Disponível em: <www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=208505> Acesso em: 02.04.09

Anatel nº 423, de 6 de dezembro de 2005, o consumidor adquire uma franquia residencial de 200 ou 400 minutos, caso opte pelo Planos Básico ou Pasoo, respectivamente.⁵

Com efeito, o usuário do serviço de telefonia fixa está obrigado a pagar a franquia mesmo que não a consuma totalmente, já que os minutos não consumidos em um mês não podem ser utilizados no mês seguinte.⁶

Neste contexto, desde o ano de 2001, a tarifa mensal da assinatura básica desencadeia um enorme embate judicial entre usuários e concessionárias prestadoras do serviço de telecomunicações. O problema converge na possibilidade de se estabelecer uma cobrança fundada não na efetiva prestação do serviço, mas sim na manutenção de uma infraestrutura que garanta sua qualidade e continuidade. Para as entidades de defesa do consumidor, tal cobrança é abusiva, tendo em vista que violaria o artigo 39, inciso, I do Código de Defesa do Consumidor, que veda o condicionamento de fornecimento de produto ou serviço, sem justa causa, a limites quantitativos.⁷

A cobrança sujeitaria, ainda, o consumidor a uma situação de desvantagem exagerada, haja vista esta ser um mecanismo de desuniversalização do serviço, contrariando, portanto, o sistema jurídico a que pertence, a Lei Geral de Telecomunicações, que tem como norte os princípios da universalização, da modicidade tarifária e a defesa do consumidor. A imposição da tarifa infringiria o disposto no artigo 51, §1º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.

⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/hotsites/conversao_pulso_minuto/tarifacao.htm. Acesso em: 02 04. 09

⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/hotsites/conversao_pulso_minuto/tarifacao.htm. Acesso em: 02 04. 09

⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de Ouvidoria de junho de 2004 a junho de 2005.** p. 47 Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=114466&assuntoPublicacao=Relatório.pdf>.> Acesso em: 02 04 09.

Já as empresas concessionárias sustentam a não incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação estabelecida entre elas e o usuário. A cobrança seria legal, em virtude da previsão expressa no contrato de concessão, aliado ainda a autorização prescrita na Resolução da Anatel nº 426/2005, bem como no artigo 103 da Lei 9.472/97, que dispõe sobre a atribuição conferida à Anatel de “estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço”. Sustentam, ainda, que a tarifa mensal é indispensável para a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro do contrato.

Após um longo período de discussões no Poder Judiciário, o problema da assinatura básica chega ao Superior Tribunal de Justiça. A decisão proferida pela 2ª Seção, no Recurso Especial n. 911.802/RS, de relatoria do Ministro José Delgado, unificou a jurisprudência do Tribunal e desencadeou a edição da Súmula n. 356, firmando o entendimento pela legalidade da cobrança da assinatura básica.

Entretanto, a edição da referida súmula não foi capaz de sanar a insatisfação da população no que tange a tarifa mensal. Encontra-se na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5.476/2001, que dispõe “que o assinante pagará apenas a quantidade de pulso e minuto efetivamente utilizado; proíbe a cobrança de assinatura básica”. Estima-se que pelo menos 1 milhão de pessoas já ligaram para a Câmara dos Deputados pedindo o fim da cobrança. O tema ainda gerará muita discussão, já que há previsão de realização de Audiência Pública na Câmara dos Deputados, ainda em 2009.⁸

Com efeito, para a devida compreensão do problema objeto do trabalho monográfico, faz-se necessário uma análise sistêmica do atual modelo de telecomunicações brasileiro, ou seja, as motivações fáticas e econômicas que ensejaram na mudança do regime

⁸ CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdc/noticia/fim-da-assinatura-basica-de-telefonica-sera-tema/?searchterm=assinatura%20básica>> Acesso em 03.04.09

de monopólio estatal de exploração da atividade para a política de concessão à iniciativa privada, mediante a fiscalização de um órgão regulador, no caso a Anatel. Será que todos os objetivos almejados pela a implantação das privatizações, quais sejam a universalização, competição e tarifas módicas, foram realmente alcançados? A resposta para tal indagação será objeto deste 1º capítulo.

1.2 O novo modelo de telecomunicações no Brasil: o advento da Emenda Constitucional nº 08/95.

O cenário das telecomunicações no Brasil durante a década de 60 era de extremo caos. União, Estados e Municípios detiam a competência de explorar, diretamente ou através de concessões, o serviço de telecomunicações, conforme estabelecia a Constituição de 1946. A pluralidade de empresas de telefonia no país refletia negativamente no setor, já que estas não apresentavam nenhum tipo de liame que as interligassem, bem como padronizassem a prestação do serviço. Além do mais, não existia no aparato jurídico brasileiro qualquer norma que instituísse o compromisso de tais concessionárias com o desenvolvimento das telecomunicações, bem como com a prestação de um serviço em padrões mínimos de qualidade.⁹

Neste contexto, viu-se a necessidade de o Estado intervir no setor de telecomunicações, que se encontrava cada vez mais precário e defasado. Em 1962, o Estado edita a lei nº 4.117, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Este estabelecia a criação do Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT), que tinha por escopo a unificação de serviços basilares no setor de telefonia; a formação de uma empresa responsável pela realização de ligações internacionais, a Embratel; a instituição do Contel – Conselho Nacional de Telecomunicações, que, dentre outras atribuições, determinaria parâmetros de fixação de

⁹ SIQUEIRA, Ethelvaldo. **Três momentos da história das telecomunicações no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Dezembro Editorial, 1999. p 45.

tarifas no território nacional; e, por fim, a instituição do Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), que, além de financiar atividades da Embratel, tinha o fito de fomentar a expansão e o desenvolvimento do setor.¹⁰

Posteriormente, a Constituição de 1967 concentra o poder de explorar o serviço de telecomunicações nas mãos da União, consagrando o regime do monopólio estatal. Com efeito, cria-se o Ministério das Comunicações (Minicom), mediante a edição do Decreto-Lei nº 200/1967, que passa a regular o Contel, a Embratel e o Fundo Nacional de Telecomunicações¹¹.

Ressalte-se que o advento da Constituição de 1988 trouxe, além da concentração de poder na União, a restrição de que a exploração do setor deve ocorrer de forma direta ou mediante concessões a empresas cujo controle acionário é pertencente ao Estado.¹²

As alterações advindas do Código Brasileiro de Telecomunicações trouxeram melhorias na prestação de serviços interurbanos e internacionais, entretanto, o serviço local ainda permanecia defasado e sofria de grande carência de investimentos. Nasce em 1972 o Sistema Telebrás, que consistia em uma sociedade de economia mista que operava como uma *holding* de um grupo constituído de 27 operadoras de telefonia fixa. A Telebrás foi responsável por coordenar tais empresas, bem como gerir a aplicação dos recursos financeiros no setor. Isto possibilitou a interligação do serviço e a padronização de sua prestação, que antes era feita por mais de 900 empresas. A incorporação de empresas locais feita pela

¹⁰ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 4

¹¹ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 4

¹² MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 5

Telebrás muito contribuiu para o desenvolvimento do setor de telefonia, já que possibilitou a execução de uma política geral de telecomunicações estabelecida pelo Ministério das Comunicações.¹³

Não obstante o evidente aumento da qualidade do setor de telecomunicações, em razão da implementação do Sistema Telebrás, os investimentos na área tornaram-se insuficientes em virtude da crescente demanda pelo serviço. A política do autofinanciamento, ou seja, o revertimento da contribuição dos assinantes ao adquirir a linha telefônica em ações, não foi o bastante para construir a infraestrutura necessária para o acesso de grande parte da população. Pelo contrário, constatou-se que os terminais residenciais concentravam-se predominantemente na zona urbana, em específico entre as classes A e B.¹⁴

Ademais, as limitações impostas às empresas estatais, tais como a exigência de processos licitatórios extremamente burocráticos, engessavam cada vez mais a capacidade de gestão empresarial da Telebrás, o que divergia do dinamismo encontrado nas telecomunicações no mundo. Entretanto, o maior obstáculo era atribuído ao monopólio estatal, bem como à ausência de competitividade. Esta última seria a mola propulsora do desenvolvimento do setor no país, já que a competição evitaria a acomodação na prestação do serviço, em virtude da crescente busca por melhores tecnologias a fim de atender a demanda.¹⁵

Com efeito, a solução encontrada foi adotar a política de privatizações do setor, eliminando assim o monopólio estatal. Nasce um novo paradigma do setor de

¹³ TEIXEIRA, Rogério Assis; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Evolução das Telecomunicações no Brasil 1950-2001: caso da telefonia. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza: v. 34, n. 1, 2003.

¹⁴ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 7

¹⁵ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 7

telecomunicações, onde o Estado deixa ser o empresário, transferindo tal tarefa a entes privados, passando a apenas fiscalizar o serviço através da criação de um órgão regulador.¹⁶

Tal medida foi instituída, em primeiro lugar, mediante a edição da Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995, que deu nova redação¹⁷ ao disposto no inciso XI e alínea “a” do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 21. Compete à União: [...]XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens

A mudança foi pautada essencialmente no estímulo à competição, bem como na universalização do acesso ao serviço. O consumidor, a partir daí, exerceria com mais liberdade a escolha pela melhor prestadora, incentivando assim a disputa entre as concessionárias, que estariam sempre em busca da melhor tecnologia a ser empreendida no setor.¹⁸

Com base na referida emenda, foi elaborada a Lei Geral de Telecomunicações de nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que veio reestruturar todo o setor de telecomunicações, bem como criar uma agência reguladora que tinha a atribuição de

¹⁶ SIQUEIRA, Ethelvaldo. **Três momentos da história das telecomunicações no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Dezembro Editorial, 1999, p 101.

¹⁷ A título de curiosidade, eis a antiga redação do artigo 21, inciso XI. [...] explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidade de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

¹⁸ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 15

fiscalizar, normatizar e estabelecer uma nova estrutura tarifária para cada modalidade de serviço¹⁹.

Finalmente, no dia 29 de julho de 1998, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, as doze *holdings* que constituíam o sistema Telebrás – Telesp, Tele Norte-Leste, Tele Centro-Sul, Embratel e oito operadoras de celulares - foram arrematadas em um leilão histórico. Estima-se que a arrecadação do governo chegou a R\$ 22 bilhões. Estava consolidada a reestruturação das telecomunicações brasileiras.²⁰

1.3 A Lei Geral de Telecomunicações: universalização do acesso, modicidade tarifária e competição.

Os princípios fundamentais consagrados na Lei Geral de Telecomunicações são o da universalização, que está intimamente ligado à modicidade tarifária, e a competição. A junção de tais elementos resultaria na tão esperada qualidade do serviço prestado. Cumpre agora analisá-los.

1.3.1 Universalização e Modicidade Tarifária

O conceito de universalização é puramente legal e está definido no artigo 179, § 1º, da LGT :

São as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

O direito de acesso seria viabilizado através da adoção de tarifas e preços razoáveis que permitissem que pessoas de classe baixa pudessem, indiscriminadamente,

¹⁹ LEI Nº 9.472, de 16.07.1997. Dispõe sobre a organização do serviço de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08, de 1995. DOU de 17.07.1997.

²⁰ SIQUEIRA, Ethelvaldo. **Três momentos da história das telecomunicações no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Dezembro Editorial, 1999, p 96.

utilizar do serviço prestado pelas operadoras. Além disso, universalizar significaria expandir a tecnologia entre as localidades onde o acesso físico desencadeava enormes gastos, o que acarretava na insuficiência de investimentos na área. Em áreas rurais do interior do país, no ano de 1996, estima-se que apenas 2% teriam telefones.²¹

A Lei Geral de Telecomunicações classificou os serviços, no que tange ao seu regime de prestação, em público e privado. Entende-se por regime público aqueles serviços considerados essenciais pelo Poder Público, merecendo, portanto, uma maior intervenção do Estado. Tais serviços submetem-se às metas de universalização e continuidade, estatuídas pelo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), Decreto nº 4.769/2003. Atualmente, o único serviço prestado pelas concessionárias sob regime público é o Serviço de Telefônico Fixo Comutado (STFC).²²

Os demais serviços, como por exemplo, a telefonia móvel e a telefonia fixa prestada pelas empresas-espelho, estão inseridos no regime privado. Tais serviços são efetuados mediante autorização, e não concessão, não estando, portanto, obrigados a cumprir metas de universalização e continuidade. Aqui, diferentemente do regime público, busca-se a interferência mínima do Estado, predominando o princípio da livre iniciativa.²³

O estabelecimento de tarifas e preços módicos, bem como a ampliação do acesso aos serviços básicos de telecomunicações, ou seja, aqueles submetidos ao regime público de prestação, ganharam *status* de dever da Administração Pública, conforme consta no artigo 2º, inciso I da Lei Geral de Telecomunicações: “O Poder Público tem o **dever** de: I –

²¹ DIAS, Lia Ribeiro; CORNILS Patrícia. **Telecomunicações no desenvolvimento do Brasil**. São Paulo: Momento Editorial, 2008.p. 66

²² JUNIOR, Umberto Celli; SANTANA, Cláudia Silva. Telecomunicações no Brasil: Balanços e Perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 238, 2004. p. 2-3

²³ JUNIOR, Umberto Celli; SANTANA, Cláudia Silva. Telecomunicações no Brasil: Balanços e Perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 238, 2004. p. 2-3

garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas.” [grifou-se]

Portanto, há vinculação dos atos da administração pública aos termos da lei, sendo admissível a interferência até mesmo do Poder Judiciário na garantia do cumprimento destes deveres.²⁴

1.3.2 Competição

Após a ruptura do monopólio da União feita através da EC nº 8/95, ficou decidido que a competição seria o motor que alavancaria de vez as telecomunicações no Brasil. A partir daí, o usuário do serviço ocuparia uma posição privilegiada perante o mercado.

Tal ambiente permite que o consumidor faça a melhor escolha, por estimular a criação e o fluxo de informações colocadas à sua disposição por uma grande variedade de fornecedores. Ao mesmo tempo, as regras da competição devem ser interpretadas e aplicadas tendo em vista a convergência das novas tecnologias e serviços a liberalização do mercado, o estímulo aos novos fornecedores e a intensificação da concorrência internacional.²⁵

Os objetivos centrais da instauração de um ambiente competitivo visavam também à intensificação dos investimentos de capitais privados no setor e o estabelecimento de critérios que viabilizassem a justa concorrência entre as prestadoras de serviço.²⁶

O implemento da concorrência se deu a partir da subdivisão do território nacional em três regiões geográficas (Regiões I, II, III) de telefonia fixa local e longa distância nacional intra-regional, com a edição do Plano Geral de Outorgas(PGO), Decreto nº

²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso especial nº 911.802. Rel. Min. José Delgado. Voto Min Herman Benjamim. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ de 01.09.2008.

²⁵ SIQUEIRA, Ethelvaldo. **Três momentos da história das telecomunicações no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Dezembro Editorial, 1999, p 95.

²⁶ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 15

2.534/98. Cada região é explorada pela respectiva concessionária, que arrematou no processo de privatização as estatais do sistema Telebrás, e por empresas-espelho, que venceram procedimentos licitatórios e exploram o serviço mediante autorização, a fim de competirem com as grandes *holdings*. Ainda há uma quarta região (Região IV), onde são operadas as ligações de longa distância nacional e internacional pela Embratel.²⁷

Até então, o grupo que adquiria a concessão em uma determinada região não poderia obter nova em região distinta, com o fito de se evitar a concentração econômica a um determinado ente privado.²⁸

Atualmente, com a edição do novo Plano Geral de Outorgas, através do Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008, é possível que um mesmo grupo econômico detenha duas concessões em áreas diversas, o que permitiu a compra da Brasil Telecom pela Oi. Trata-se de uma significativa modificação que poderá afetar drasticamente o potencial de competição do mercado de telecomunicações, que já se encontra insatisfatório, no que tange a telefonia fixa local.²⁹

1.4 O papel da Agência Reguladora – ANATEL

Sabe-se que após a reestruturação do modelo de telecomunicações brasileiro buscou-se afastar do Estado a exploração direta do setor, fortalecendo assim seu papel regulador. Com efeito, nasce a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel instituída pela Lei Geral de Telecomunicações.

²⁷ TEIXEIRA, Rogério Assis; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Evolução das Telecomunicações no Brasil 1950-2001: caso da telefonia. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza: v. 34, n. 1, 2003.p. 156

²⁸ O GLOBO. Disponível em: http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/10/16/anatel_aprova_artigos_do_novo_pgo_que_permitem_fus_ao_oi-brt-585985614.asp. Acesso em: 04.04.09

²⁹ O GLOBO. Disponível em: http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/10/16/anatel_aprova_artigos_do_novo_pgo_que_permitem_fus_ao_oi-brt-585985614.asp. Acesso em: 04.04.09

A Anatel nada mais é do que uma autarquia especial, vinculada ao Ministério das Comunicações, conforme define com propriedade Hely Lopes Meirelles:

Toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.³⁰

Os privilégios especiais consubstanciados na LGT têm por escopo garantir o enrijecimento de seu papel normatizador e fiscalizatório. Uma entidade administrativa autônoma e com liberdade gerencial, capaz de ponderar interesses meramente políticos, exala confiabilidade para o mercado, estimulando, portanto, investimentos privados no setor. Neste sentido, afirma Duciran Van Marsen Farena:

Como já salientado, a agência deve desempenhar um importante papel de impermeabilização do edifício regulatório contra a pressão política e contra o poder econômico do prestador, e de alavanca da competição, inclusive mediante o compartilhamento da infra-estrutura.³¹

Entretanto a função primordial da Anatel consiste em dar cumprimento à LGT e de seus regulamentos, a fim de proteger ao máximo o usuário, bem como controlar o mercado financeiro, evitando os abusos econômicos e comportamentos anticoncorrenciais.³²

1.5 As incongruências do atual modelo de telecomunicações brasileiro. Desuniversalização do serviço via assinatura básica e ausência de competição.

Após uma profunda análise dos fundamentos que culminaram na mudança do paradigma do modelo de telecomunicações, bem como dos pilares que sustentam o arcabouço regulatório do setor – universalização e competição – cabe agora examinar, com atenção, se os objetivos traçados pela alteração correspondem com a atual realidade do país.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 308.

³¹ FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e Defesa do Consumidor no Setor de Telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, 2006.p.28

³² MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, p. 15

A princípio, o avanço tecnológico através do qual passou o Brasil desde a venda das empresas estatais, em 29 de julho de 1998, é incontestável. Neste ínterim, foram investidos em torno de R\$ 140,09 bilhões o que fez com que a planta de telefonia fixa saltasse de 20 milhões para 39,3 milhões em 2007.³³ No entanto, todo este crescimento não foi o suficiente para garantir a satisfação de grande parte dos usuários do serviço no país. A telefonia fixa lidera o ranking de reclamações junto ao Procon de São Paulo, por exemplo.³⁴ Merece destaque o que segue:

Os grandes investimentos feitos pelas operadoras poderiam levar a crer que o Brasil conseguiu universalizar o acesso ao serviço telefônico fixo comutado. Não foi assim. Entre os serviços acompanhados pela Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios (PNAD), a telefonia fixa é o menos universal. Chegava somente a 46,2% das residências em 2007, um alcance menor que o do saneamento básico.³⁵

Com efeito, o alto preço da tarifa de assinatura básica desencadeou uma estagnação do avanço da telefonia fixa. A diferença entre o número de linhas instaladas e o número de terminais ociosos cresceu de 1,8 milhões em 1997 para 13,4 milhões, em 2007. Isto é resultado da forte migração da população de classe baixa, incapaz de manter sua linha telefônica, para o serviço de telefonia móvel pré-paga.³⁶ O AICE (Acesso Individual Classe Especial) – uma espécie de telefone fixo pré-pago, com assinatura básica bem mais reduzida – instituído pelo Decreto nº 4.769, de 27 de junho de 2003, fracassou e não conseguiu evitar a dificuldade do acesso da população mais carente ao serviço telefônico fixo.³⁷ Se antes das privatizações o obstáculo era o alto valor da habilitação, hoje inegavelmente é o valor da assinatura básica. Neste sentido:

³³ DIAS, Lia Ribeiro; CORNILS Patrícia. **Telecomunicações no desenvolvimento do Brasil**. São Paulo: Momento Editorial, 2008.p.19

³⁴ FOLHA ONLINE. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u314639.shtml>>. Acesso em: 04.04.09

³⁵ DIAS, Lia Ribeiro; CORNILS Patrícia. **Telecomunicações no desenvolvimento do Brasil**. São Paulo: Momento Editorial, 2008.p.71

³⁶ DIAS, Lia Ribeiro; CORNILS Patrícia. **Telecomunicações no desenvolvimento do Brasil**. São Paulo: Momento Editorial, 2008.p.70

³⁷ DIAS, Lia Ribeiro; CORNILS Patrícia. **Telecomunicações no desenvolvimento do Brasil**. São Paulo: Momento Editorial, 2008.p.77

O acesso de significativa parcela da população de baixa renda aos serviços de telecomunicações tem ocorrido por meio da telefonia celular, especialmente com o pré-pago, que, como se sabe, é utilizado, basicamente, para a recepção de ligações. Essa “universalização” por meio do serviço celular pré-pago deve-se, em larga medida, ao fato de as tarifas de telefonia fixa serem proibitivas para a maioria da população do país, apesar de comparativamente mais baixas do que as cobradas em outras partes do mundo.³⁸

O que impende ressaltar é que o aumento do acesso de telefonia móvel não importa em universalização. Esta, segundo a própria Lei Geral de Telecomunicações, nos termos do parágrafo único do artigo 64³⁹, deveria ser alcançada mediante o serviço de telefonia fixa (STFC), que como já salientado, classifica-se como essencial e está submetido ao regime público de prestação.

Além do mais a ausência de competição no setor de telefonia fixa, especialmente no que diz respeito às ligações locais, contribui ainda mais para o exagero dos reajustes efetuados sobre as tarifas, em particular sobre a assinatura básica. O consumidor está sujeito a um evidente monopólio de serviço local, o que cerceia sua liberdade de escolha. Mais uma vez, se antes o monopólio era estatal, hoje, estamos diante de um incontestado monopólio privado. A concentração de mercado junto às grandes concessionárias se dá em razão de sua supremacia em face das empresas autorizadas, criadas unicamente com o fito de aumentar a competição. Diferentemente das empresas-espelho, as concessionárias adquiriram as estatais em conjunto com toda a infraestrutura já concretizada. Aquelas, ainda precisaram construir seus alicerces, e como é sabido, requer investimentos vultosos. Neste diapasão:

Aliás, o que se observa é que, em qualquer país, a instituição de um ambiente realmente competitivo na telefonia fixa não é tarefa das mais

³⁸ JUNIOR, Umberto Celli; SANTANA, Cláudia Silva. Telecomunicações no Brasil: Balanços e Perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 238, 2004, p. 9

³⁹ Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

simples. Essa dificuldade pode ser creditada, em larga medida, às características intrínsecas do mercado de telecomunicações, que requer instalação de dispendiosa infra-estrutura e de interligação de redes de operadores de telecomunicações. Isso, agravado pelo fato de as telecomunicações terem sido anteriormente objeto de monopólio legal, o que faz com que em regra, a maior parte da infra-estrutura em uso estivesse nas mãos de poucos prestadores de serviços.⁴⁰

Em números é possível demonstrar a total hegemonia das concessionárias Oi, Brasil Telecom e Telefônica frente a autorizadas como a GVT e Embratel, por exemplo. Aquelas respondem por 88,2% de acessos, enquanto estas apenas 11,8%, em 2008.⁴¹

Neste sentido pergunta-se: Onde se encontra a tão almejada competição, idealizada pelo processo de privatizações? E a universalização do serviço através do estabelecimento de tarifas módicas? Será que a instituição de uma tarifa básica, cobrada independentemente da efetiva realização de chamadas por parte do usuário e cujo valor representa 10% do salário mínimo vigente, consistindo na principal responsável pela dificuldade do mantimento da linha telefônica por parte de parcelas pobres da sociedade, está consoante com a universalização e a busca pela modicidade tarifária? Tal questão será melhor abordada adiante, no entanto é possível aduzir, com base nos dados levantados, que o atual cenário das telecomunicações no Brasil não condiz com os pilares da Lei Geral de Telecomunicações.

⁴⁰ JUNIOR, Umberto Celli; SANTANA, Cláudia Silva. Telecomunicações no Brasil: Balanços e Perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 238, 2004.p. 4

⁴¹ TELECO. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/comentario/com270.asp>> Acesso em: 04.04.09

2 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Um ponto importante a ser debatido a fim de solucionar a problemática tratada nesta monografia diz respeito à incidência do Código Defesa do Consumidor aos serviços públicos, especialmente ao serviço de telefonia fixa. Para isto, é necessário enquadrar o usuário, pessoa física e jurídica, no conceito de consumidor previsto no *caput* do artigo 2º do CDC, bem como as concessionárias na definição de fornecedora de serviços, nos termos do artigo 3º do CDC.

Um dos principais argumentos intentados em juízo pelas concessionárias é a não aplicabilidade do CDC na relação estabelecida entre elas e os usuários, devendo preponderar a LGT.⁴² É importante frisar a complexidade do tema, em virtude da existência de vários diplomas legais regulando uma mesma relação jurídica, formada entre o usuário – consumidor e a concessionária prestadora do serviço de telefonia. Com efeito, busca-se, do mesmo modo neste capítulo, destacar a importância do “Diálogo das Fontes” em nosso ordenamento jurídico.

Todavia, cabe analisar, preliminarmente, os fundamentos que culminaram no advento do microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

2.1 O advento do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor é um diploma que reflete a nova tendência da ordem contratual. O advento de um Estado Social fez surgir a necessidade de

⁴² SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p.119. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

intervenção estatal em algumas relações privadas. O Estado, através da edição de normas de ordem pública e, portanto, de caráter cogente, estabeleceria limites para o exercício da autonomia da vontade das partes, a fim de proteger aqueles considerados mais frágeis na relação. Os princípios clássicos da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda* e da relatividade dos efeitos dos contratos, considerados balizadores de qualquer relação privada, passaram a ser mitigados, devendo ser interpretados à luz da função social dos contratos, da equidade e da boa-fé objetiva.⁴³

Este novo paradigma decorre da exaltação da sociedade de consumo, a partir da 2ª Guerra Mundial, caracterizada pela massificação e dinamicidade das relações privadas, que desencadearam uma multiplicidade de contratos de adesão, onde apenas uma das partes elabora unilateralmente as cláusulas, cabendo a outra, apenas, aderi-las. Neste cenário, o contrato deixava de ser um instrumento cristalizador da real vontade dos contratantes, passando a ser um mecanismo de garantidor do poderio econômico de fornecedores.⁴⁴

Ademais, a autonomia da vontade, neste caso, restringia-se apenas a liberdade de contratar ou não. No caso de monopólios econômicos, o cerceamento é ainda mais gritante dada impossibilidade de se escolher com que pactuar.⁴⁵

Com efeito, leciona com propriedade Cláudia Lima Marques:

À procura do equilíbrio contratual na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados

⁴³ GOMES, Daniela Vasconcellos. Os Princípios da Boa-fé e da Função Social do Contrato e a Teoria Contratual Contemporânea. **Revista de Direito Privado**, nº 26, ano 7, 2006. p. 79.

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 159

⁴⁵ **DIÁLOGOS sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, vol.II, 2008. p. 222.

interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, às expectativas e a boa-fé das partes contratantes.⁴⁶

Buscou-se o alcance de uma igualdade material e não meramente formal da relação privada, onde o ordenamento jurídico passa a enfatizar as situações peculiares de cada indivíduo, deixando de lado a idéia abstrata da pessoa humana. Isto se dá, primeiramente, através da crescente edição de leis especiais, que retiram a primazia do Código Civil na regulação das relações jurídicas entre particulares.⁴⁷

O grande marco da conscientização mundial no que tange a proteção do consumidor ocorreu mediante a edição da Resolução nº 39/248 da ONU, de 16 de abril de 1985. Esta destacou a importância de cada país em criar normas específicas que visem ao efetivo amparo aos direitos relativos ao consumidor. No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou no rol de direitos e garantias fundamentais o princípio da defesa do consumidor, artigo 5º, inciso XXXII. Além disso, o artigo 48 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que o Congresso Nacional elaborasse, no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor.⁴⁸

Reconheceu-se a vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado de consumo. Tal vulnerabilidade, segundo Cláudia Lima Marques, pode ser vista sob uma perspectiva técnica, jurídica, fática e informacional. Técnica porque o consumidor não detém

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 210.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2004. p. 5-6. Nas palavras do autor: “A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. Ao seu lado situava-se a legislação extravagante que, por ser destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava característica de especialização formando, por isso mesmo, um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil. Através de tais normas conhecidas como leis especiais – justamente por sua técnica, objeto, e finalidade de especialização, em relação ao corpo codificado -, o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista, expressão política legislativa do Welfare State que se corporifica a partir dos anos 30, tem assento constitucional em 1934 e cuja expressão, na teoria das obrigações, se constituiu no fenômeno do dirigismo contratual.”

⁴⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p.31.

conhecimentos específicos e detalhados sobre o produto adquirido. Jurídica, tendo em vista sua maior dificuldade em ingressar no Judiciário em busca de seus direitos, diferentemente do fornecedor que na maioria das vezes possui órgãos especializados na defesa de seus interesses, ou detém poder econômico que viabiliza a contratação de uma boa assistência jurídica. Engloba também a ausência de saber econômico e contábil. Fática, em razão da supremacia econômica do fornecedor em face do consumidor. Esta é ainda mais evidenciada na prestação de serviços essenciais, onde há presença de monopólio⁴⁹. E finalmente, a vulnerabilidade informacional, que corresponde à peça-chave da disparidade existente entre consumidor e fornecedor.⁵⁰

Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis dos fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade.⁵¹

Este ideal de proteção a pessoa do consumidor, considerando-o frágil no mercado de consumo, decorre da nova diretriz do ordenamento civilista pós-moderno, qual seja, o de dar primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste na defesa de elementos indispensáveis à concretização do atributo da personalidade e não mais ao exercício exacerbado da autonomia da vontade, tão cultivado pelo Estado Liberal.⁵²

Com efeito, para que o Código de Defesa do Consumidor incida sobre determinada relação jurídica, faz-se mister identificar, *a priori*, uma relação de consumo, ou

⁴⁹ Recorde-se do capítulo I, onde há o argumento de que o serviço de telefonia fixa corresponde a um típico monopólio de concessionárias, em virtude da ausência de competitividade por parte das autorizadas.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 320-330

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 330.

⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 72.

seja, a presença dos sujeitos consumidor e fornecedor, de um objeto, no caso produtos ou serviços e o elemento da destinação final.

2.2 Conceito de consumidor *strictu sensu*

Conforme Cláudia Lima Marques a definição de consumidor *strictu sensu*⁵³ está consubstanciada no *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Percebe-se que nos termos da definição legal, tanto pessoa física como pessoa jurídica podem ser consideradas consumidoras. Entretanto, esta questão não se mostra tão simplória quanto parece. A mera interpretação literal do artigo não é suficiente para solucionar eventuais conflitos sobre a incidência ou não do CDC em determinadas relações jurídicas. Torna-se indispensável a análise da expressão destinatário final.⁵⁴

No que tange a definição do que seja destinatário final existem duas correntes, a dos finalistas e dos maximalistas.

A primeira linha doutrinária, a finalista, traz consigo um conceito mais restrito de consumidor, devendo este ser tanto destinatário final econômico como fático do produto ou serviço. Logo, apenas a pessoa física ou jurídica que adquire determinado produto ou serviço para o uso, em seu âmbito privado, pessoal e familiar, pode estar enquadrada no conceito de consumidor.⁵⁵ Quem obtém um bem com o intuito de novamente inseri-lo em

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 302

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 83

⁵⁵ BENJAMIM, Antônio Herman Vasconcellos e. **O conceito jurídico de consumidor**. p. 25. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8866/O_Conceito_Jur%c3%addico_do_Consumidor.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20.05.2009

uma cadeia de produção, através da revenda, por exemplo, não pode ser tido por consumidor, e, portanto, não merece a proteção do CDC.⁵⁶

Nas palavras de Cláudia Lima Marques:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre os casos em que profissionais – consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.⁵⁷

Já os maximalistas entendem que o consumidor pode somente ser um destinatário final fático do bem ou serviço. O CDC não protegeria apenas aqueles que não exercem atividade profissional, mas todos que estão presentes na sociedade de consumo. Irrelevante, portanto, o fato de o adquirente auferir lucro com a compra ou utilização do produto ou serviço. Importa ao caso o ato de consumo, não interessando sua finalidade propriamente dita.⁵⁸

Não há complexidade em se identificar uma pessoa natural como destinatária final do produto ou serviço. Percebe-se que o problema gira em torno de pessoas jurídicas, em especial, quando estas adquirem produtos ou serviços que não se inserem no âmbito de sua atividade principal.⁵⁹

⁵⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 73.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 .p. 304

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 .p. 305

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 85

Para Cláudia Lima Marques, o advento do Código Civil de 2002 trouxe à tona, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma nova teoria denominada finalismo aprofundado. Tal teoria admite que um profissional possa ser definido como consumidor, desde que verificada sua vulnerabilidade *in concreto*. Um profissional que adquire ou utiliza produto ou serviço fora do campo de sua atividade principal pode ser considerado frágil na relação, em razão da ausência de conhecimentos técnicos sobre o bem ou serviço.⁶⁰

Com efeito, pessoas jurídicas, cuja vulnerabilidade frente às concessionárias prestadoras do serviço telefônico fixo se demonstre inconteste no caso concreto, podem invocar a proteção conferida pelo CDC na respectiva relação jurídica mesmo que não se enquadrem perfeitamente na definição prevista no artigo 2º *caput* da Lei 8.078/90, que exige o elemento da destinação final.⁶¹

Neste mesmo diapasão, destaque-se a ementa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 335. Nas palavras da autora: “Certo é que a vulnerabilidade, no dizer de Antônio Hermann Benjamin, é a ‘peça fundamental’ do direito do consumidor, é o ‘ponto de partida’ de toda sua aplicação aos contratos. Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não-profissional (o advogado que assina um contrato de locação abusivo porque necessita de uma casa para a sua família perto do colégio dos filhos), mas não a presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar o seu escritório mais próximo do fórum), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica (veja art. 51, I, in fine, do CDC). Isto não significa que o Judiciário não possa tratar o profissional de maneira “equivalente” ao consumidor, se o profissional efetivamente provar a sua vulnerabilidade, que levou ao desequilíbrio contratual. Trata-se, porém, da exceção e não da regra”.

⁶¹ Neste caso, o melhor fundamento seria o artigo 29 do CDC, que traz a definição de consumidor equiparado, *verbis*: “Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Infere-se de tal dispositivo, a preocupação do legislador em proteger todos aqueles que estão sujeitos às práticas consideradas, por ele, reprováveis por parte do fornecedor. Com efeito, tal norma privilegia a atividade e não o sujeito, no que tange tanto às práticas comerciais, que englobam a oferta, publicidade e práticas abusivas, como à proteção contratual, que inclui o rol de cláusulas abusivas e disciplina o contrato de adesão. Assim sendo, quando se falar de consumidores por equiparação, a destinação final deixa de ser elemento essencial. No entanto, ao buscar equiparação de pessoas jurídicas, nos termos do artigo 29, torna-se ainda mais relevante a comprovação de sua vulnerabilidade no caso concreto. BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 80-81.

Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. **Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes.** Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido.⁶²[grifou-se]

Enfim, a vulnerabilidade, nos casos em que há dificuldade de se identificar uma relação de consumo, passa a ser o critério de maior relevância para a incidência ou não do CDC em determinada relação jurídica.

2.3 Conceito de fornecedor de produtos e serviços

O outro sujeito da relação de consumo é o fornecedor cujo conceito encontra-se no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Extraí-se do artigo que tanto pessoas físicas como jurídicas, de personalidade de direito público ou privado, nacionais ou estrangeiras, podem ser

⁶² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial n. 476.428/SC. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de jun. 2005. DJ de 09.05.2005, p. 390.

classificadas como fornecedoras. No que tange aos produtos, há a necessidade de que a atividade desenvolvida pela pessoa física ou jurídica seja de caráter profissional e habitual.⁶³

Já no que diz respeito aos serviços, percebe-se que a vontade do legislador foi de dar um sentido ainda mais abrangente, ao passo que não exige o caráter do profissionalismo, mas apenas que a pessoa “desenvolva atividades de prestação de serviços”.⁶⁴ Irrelevante, também, que atividade desempenhada vise ao lucro, sendo exigido, unicamente, o critério da remuneração.⁶⁵

O § 2º do artigo 3º traz a definição de serviço: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

A abrangência do conceito de fornecedor visa ampliar sua responsabilização, a fim de garantir ao consumidor maiores possibilidades de reparação de prejuízos.⁶⁶ Tal entendimento se coaduna com a solidariedade existente entre todos os participantes da cadeia de fornecimento.⁶⁷

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2006. p. 393.

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74. Aspectos Materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 93

⁶⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 82.

⁶⁶ CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços públicos essenciais**: O princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor. Porto Alegre : Sergio Antonio Frabris Editor, 2004. p. 28

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006 .p. 402.

Diante do exposto, não restam dúvidas que o usuário do serviço de telefonia fixa, seja ele pessoa física ou jurídica⁶⁸, é considerado consumidor, gozando, portanto de toda proteção jurídica consagrada pelo CDC. Também está claro que as concessionárias prestadoras do serviço são fornecedoras, dada a amplitude do conceito previsto no artigo 3º do CDC.

A polêmica surge, no entanto, sobre a aplicação do CDC aos serviços públicos. Estariam todos os serviços públicos enquadrados sobre a égide do Código de Defesa do Consumidor?

2.4 Da aplicação do CDC aos serviços públicos

Diversos são os dispositivos constantes no Código de Defesa do Consumidor que atestam sua aplicabilidade aos serviços públicos. O artigo 4º, inciso VI, estabelece que um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo é a “racionalização e melhoria dos serviços públicos”. Consagra em seu artigo 6º, inciso X, o direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. E por fim, estatui o artigo 22: “Os órgãos públicos, por si ou empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos”.

No entanto, há divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência quanto as espécies de serviços públicos que sofrem a incidência do CDC. Três são as correntes que tratam sobre esta problemática.

⁶⁸ Destaque-se a necessidade da presença do critério da vulnerabilidade no caso concreto, no que tange às pessoas jurídicas.

A primeira delas é mais extensiva, sendo defendida por doutrinadores de renome como Rizzatto Nunes⁶⁹ e Antônio Herman Benjamin⁷⁰. Segundo tais autores, o CDC aplica-se a qualquer serviço público, seja ele remunerado direta ou indiretamente. Aduzem que o Estado enquadra-se perfeitamente na qualidade de fornecedor, nos termos do artigo 3º do CDC.

Nos dizeres de Rizzatto Nunes:

Assim, estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. Se se levar em consideração que as duas exceções para não-abrangência do CDC no que respeita aos serviços (sem efetiva remuneração e custo; os de caráter trabalhista), ter-se-á de concluir que praticamente todos os serviços públicos estão protegidos pela Lei 8.078/90⁷¹.

Já a segunda corrente entende que só estão sob a égide do CDC os serviços públicos remunerados mediante taxa ou preço público (tarifa), ou seja, serviços públicos específicos e divisíveis, já que nestes casos é possível verificar vinculação entre a remuneração e o serviço prestado, o que não ocorre com relação aos serviços remunerados via impostos.⁷²

O terceiro e último entendimento restringe ainda mais a área de aplicação do CDC aos serviços públicos. Destaque-se a posição de José Geraldo Brito Filomeno, que defende a incidência do CDC apenas sobre os serviços públicos remunerados mediante tarifa ou preço público. Portanto, serviços públicos retribuídos através de taxa e impostos estariam fora do campo de incidência do CDC. Tal entendimento encontra-se consubstanciado na

⁶⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 112.

⁷⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 110.

⁷¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 112.

⁷² COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.21, 1997. p. 104.

súmula 06 do Centro de Apoio às Promotorias de Defesa do Consumidor de São Paulo, de junho de 1992.⁷³

Em conformidade com o entendimento acima, ressalte-se o entendimento de Ronaldo Porto Macedo Júnior sobre o problema de se admitir a aplicação do CDC aos serviços públicos retribuídos mediante taxa:

Neste ponto, saliento apenas que entender que a taxa se constitui em mecanismo remuneratório das relações de consumo protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor remete-nos à necessidade de compatibilizar a principiologia do direito público (tributário) com o regime de proteção do consumidor, pensado, em tese, como um regime híbrido de direito social transformado a partir do direito privado. As consequências desta compatibilização devem ser objeto de reflexão sobre o tema.⁷⁴

No entanto, não deve ser a natureza da remuneração o critério determinante para se resolver o problema da incidência do CDC aos serviços públicos. Mais acertada é a ideia de levar em consideração a inserção do serviço no mercado de consumo, independentemente deste ser remunerado por taxa ou tarifa.⁷⁵ Em outras palavras, deve-se verificar um sinalágma, ou seja, a prestação deste serviço deve materializar-se em um contrato, o que caracteriza uma relação de consumo.⁷⁶

Assim, não há que se falar na aplicação do CDC aos serviços remunerados mediante impostos, também denominados *uti universi*, já que estes não estão atrelados a

⁷³“São objeto de tutela pelo Código de Defesa do Consumidor, e de atribuição das Promotorias de Justiça do Consumidor, os serviços públicos prestados *uti singuli* e mediante retribuição por tarifa ou preço público, quer pelo Poder Público diretamente, quer por empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para efeitos do seu artigo 22. Não o são porém, os serviços públicos prestados *uti universi* como decorrência da atividade perspicua do Poder Público e retribuídos por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral. Nesse caso, tais serviços poderão ser objeto de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público, mas por intermédio do setor de defesa dos direitos do cidadão”.

⁷⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, 2001, p. 82.

⁷⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p.102.

⁷⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.65, 2008, p. 232.

qualquer tipo de serviço prestado pelo Estado. Ademais, o pagamento do imposto é compulsório, sem qualquer exigência de contraprestação.⁷⁷

De volta ao problema do serviço de telefonia fixa, constata-se que não existe nenhum óbice quanto à aplicação do CDC. Verifica-se, indiscutivelmente, uma relação de consumo, já que estão presentes as figuras do consumidor, do fornecedor, e de um objeto contratado, qual seja a prestação do serviço de telefonia que, indiscutivelmente, insere-se no mercado e, como é sabido, é remunerado através de tarifa⁷⁸.

Neste mesmo diapasão, o colendo Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento quanto a existência de uma relação de consumo entre o usuário do serviço de telefonia fixa e a concessionária prestadora deste, ao concluir no julgamento do RE n. 567.454-1 que a matéria diz respeito à legislação infraconstitucional, em especial ao Código de Defesa do Consumidor, sendo, com efeito, de competência da Justiça Estadual a solução de tais demandas e não da Justiça Federal.⁷⁹

2.5 Solução de controvérsias mediante o “Diálogo das Fontes”.

A pós-modernidade repercutiu não só nas esferas da economia e cultura mundiais, mas, sobretudo, no direito. A globalização deu origem a uma imensidão de novas relações jurídicas, relações estas que, além de não se restringirem às fronteiras de cada país, passam a guardar consigo novas peculiaridades, tornando-se cada vez mais complexas. Com efeito, no Brasil, em meados dos anos 60, o Código Civil perde o caráter soberano na regulação das relações de direito privado, já que seu bojo sempre foi marcado por uma forte

⁷⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.65, 2008, p. 231-232;

⁷⁸ Ressalte-se, que a natureza jurídica da remuneração do serviço de telefonia fixa será abordada em momento oportuno.

⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 567.454-1. Plenário. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 18.jun.2009. DJ 28.08.2009

abstração. Tal processo denomina-se “descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos”⁸⁰.

Este “pluralismo”⁸¹ pós-moderno exige do intérprete, aplicador do direito, um vasto conhecimento, dado grau de complexidade do ordenamento jurídico. Os clássicos critérios de solução de antinomia de normas, quais sejam o da anterioridade, hierarquia e especialidade, cultivados por Norberto Bobbio⁸², deixam de ser condizentes com tal realidade, já que têm por objetivo o afastamento da incidência de uma ou de outra norma.⁸³ Gustavo Tepedino ressalta o problema enfrentado pelos intérpretes na atualidade:

A tal realidade histórica agrega-se, no tempo que passa, o conjunto de normas supranacionais formado por tratados, convenções, pactos internacionais e regulamentos de mercados regionais que suscita uma genuína crise de fontes normativas. Afinal, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e o pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da proliferação desmensurada da produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação.⁸⁴

Erik Jayme, doutrinador alemão, propõe uma nova alternativa. Segundo este pensador, o intérprete deve buscar uma aplicação coordenada e coerente das diversas fontes

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição**: premissas para um reforma legislativa. p. 4. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca10.pdf>>. Acesso em: 23.05.09

⁸¹ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de: Cláudia Lima Marques. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, ano 88, v. 759, 1999, p. 29

⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Pollis-UnB, 1990, p. 92.

⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, 2003, p. 72.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição**: premissas para um reforma legislativa. p. 5. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca10.pdf>>. Acesso em 23.05.09

legislativas, com o intuito de atingir um “Diálogo das Fontes”.⁸⁵ Não há que se falar na exclusão de um ou de outro diploma normativo, mas sim em ‘convivência de normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas’.⁸⁶

Cláudia Lima Marques reafirma a tese do mestre alemão ao sustentar que “a solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluída, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas [...]”.⁸⁷

Todavia, concessionárias prestadoras do serviço de telefonia fixa insistem no argumento de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica sobre a questão da tarifa de assinatura básica, preponderando, neste caso, a Lei Geral de Telecomunicações que foi editada posteriormente, no dia 16 de julho de 1997.⁸⁸ Aduzem, ainda, que a referida lei detém um caráter especial, tendo em vista disposição constitucional prevista no artigo 175, parágrafo único, inciso III.⁸⁹

⁸⁵ Apud MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, 2003, p. 74

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, 2003, p. 74.

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, 2003, p. 73.

⁸⁸ SANTANA, Héctor Valverde. A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista jurídica**: Brasília, v.9, n.84, 2007, p.120. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

⁸⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre [...] III-política tarifária.

Ora, não parece a solução mais louvável, visto que o CDC também consiste em um diploma especial, com sede constitucional, que visa garantir a proteção do vulnerável consumidor.⁹⁰

Ademais, ressalta Rizzatto Nunes, que o CDC constitui “um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior - , sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar”.⁹¹

Adicione-se o importante papel da Constituição Federal na solução de possíveis controvérsias entre as diversas leis que compõem nosso ordenamento jurídico, principalmente quando estas regulamentam uma mesma matéria, como é o caso da prestação do serviço de telefonia, que sofre a incidência simultânea da Lei Geral de Telecomunicações e do Código de Defesa do Consumidor. Neste caso, o aplicador do direito deve buscar uma interpretação que atinja finalidade comum de ambos os diplomas, finalidade esta que seja compatível com os direitos e garantias fundamentais da Carta da República.⁹²

O entendimento acima decorre do surgimento de um “novo direito privado brasileiro”, que é baseado em um constante diálogo entre leis e que almeja um resultado consoante e adstrito às normas constitucionais. O julgamento da ADI n. 2.591 pelo Supremo Tribunal Federal, a famosa ADI dos bancos, é o grande exemplo da mudança de rumo do

⁹⁰ SANTANA, Héctor Valverde. A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista jurídica:** Brasília, v.9, n.84, 2007, p.120. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

⁹¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65

⁹² BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor:** análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília jurídica, 2007. p.91

direito privado brasileiro, visto que cristalizou, efetivamente, a existência de um direito civil constitucionalizado.⁹³

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007. p. 44

3 CONTROVÉRSIAS SOBRE A LEGALIDADE OU NÃO DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA

Feitas as considerações sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao liame jurídico firmado entre as concessionárias e o usuário-consumidor, destacando a grande relevância do “Diálogo das Fontes” em nosso complexo ordenamento jurídico, passa-se agora a examinar, com atenção, a questão da assinatura básica à luz da Lei Geral de Telecomunicações, bem como do Código de Defesa do Consumidor.

Objetiva-se, ademais, analisar a matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, assim como na esfera do Poder Legislativo, onde tramita o Projeto de Lei n. 5.476/2001, que visa à extinção da respectiva cobrança.

3.1 Tarifa mensal e a Lei Geral de Telecomunicações

Em primeiro lugar, aqueles que são favoráveis à cobrança aduzem que a tarifa de assinatura básica é legal e constitucional, em virtude do disposto no artigo 21, inciso XI, que estabelece a competência da União de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações⁹⁴. Da mesma forma, o artigo 175, parágrafo único, incisos II, III E IV, que está inserido no Título VII, que disciplina sobre a Ordem Econômica e Financeira, prevê que lei ordinária, editada pela União, disporá sobre os

⁹⁴ Art. 21. Compete à União: [...] XI- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

direitos dos usuários, a política tarifária do setor e a obrigação de manter o serviço adequado.⁹⁵

A referida lei corresponde a Lei Geral de Telecomunicações, n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que em seu artigo 19, inciso VII, atribui à ANATEL o controle de revisões tarifárias, podendo fixá-las em conformidade com a lei.⁹⁶ Estabelece, ainda, em seu artigo 93, inciso VII, que o contrato de concessão “indicará as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios de reajuste e revisão.” E, finalmente, dispõe o *caput* do artigo 103, que “competete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço”.

Em conformidade com os supracitados dispositivos legais, a ANATEL aprovou o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) através da Resolução n. 85, de 30 de dezembro de 1998, que posteriormente foi substituída pela Resolução n. 426, de 09 de dezembro de 2005. O artigo 3º, inciso XXIV, assim definiu a tarifa de assinatura mensal: “valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço”. Outrossim, o item 2.2, do anexo 3, do modelo de Contrato de Prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado modalidade local prescreve que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal, segundo a tabela abaixo, conforme Atos n. 54.695, de 13/12/05 e n. 54.855 de 16/12/05”.⁹⁷

⁹⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...] II- os direitos dos usuários; III- política tarifária; IV- a obrigação de manter o serviço adequado.

⁹⁶ Art. 19. À Agência compete adotar medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) VII- controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas de serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;”

⁹⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Contrato PBOA/SPB Nº 120/2006-ANATEL**. Disponível em:

Além de tais disposições normativas, concessionárias defendem a legalidade da tarifa com base na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão na prestação de serviços públicos, onde estabelece em seu artigo 9º que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservadas pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato”.

No entanto, o principal argumento intentado pelas operadoras do serviço de telefonia fixa diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão celebrado com o Poder Público. Estima-se que uma suposta supressão da cobrança da tarifa acarretaria um prejuízo de pelo menos 40% da receita total das concessionárias, o que inviabilizaria a devida prestação do serviço, bem com o cumprimento das metas de universalização estabelecidas pela ANATEL.⁹⁸

Acontece que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão não se restringe a concessionária e ao Poder Público. Este equilíbrio deve alcançar, necessariamente, a classe consumidora, grande interessada na relação ora firmada.⁹⁹

Aduzem as concessionárias que a assinatura básica mensal é indispensável à manutenção da disponibilidade do serviço telefônico, tendo em vista que a conservação da infraestrutura, assim como do aparato tecnológico empregado, importa em vultosos dispêndios, ainda que a linha telefônica não seja efetivamente utilizada pelo assinante. Neste sentido, o Presidente da Associação Brasileira de Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - ABRAFIX, Dr. José Fernandes Pauletti:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=202295&assuntoPublicacao=Contrato%20de%20concessao.pdf>>. Acesso em: 16.08.2009

⁹⁸ BENETI, Ana Carolina Aguiar. **A legalidade da tarifa de assinatura**. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/emdebate/anac01.asp>>. Acesso em: 17.08.2009

⁹⁹ SEMINÁRIO ASSINATURA BÁSICA TELEFONIA FIXA, jun. 2005, Brasília (DF). Disponível em: <<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/cdc/documentos/notataquigraficas/notas-taquigraficas-de-2005/nt02062005.pdf>> Acesso em 23.08.2009

Essa disponibilidade, no entanto, depende de uma sofisticada infra-estrutura que implica custos fixos para a operadora. Uma linha telefônica capaz de realizar e receber chamadas 24 horas por dia depende da existência de uma ligação física entre aparelhos fixos e a manutenção desta, mesmo quando a linha não está sendo utilizada.¹⁰⁰

Em consonância com o entendimento do Presidente da ABRAFIX, Ana Carolina Beneti reforça a necessidade da cobrança da tarifa mensal:

A qualquer instante que retire se telefone do gancho, o “tom” de discar deve estar disponível. Da mesma forma, o telefone tem que estar apto a receber chamadas, de forma gratuita, a qualquer instante. Esse acesso permanente à rede caracteriza um serviço efetivo, distinto do simples ato de realizar uma chamada.¹⁰¹

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara justificam o pagamento mensal por parte do consumidor:

Ao fixar preço mínimo a ser cobrado mensalmente (assinatura de serviço), o regulador está, na verdade, buscando estabelecer uma quantia que seja suficiente para remunerar custos envolvidos na manutenção dessa complexa estrutura, bem como de outros custos fixos, que permitem a existência de uma rede de telefonia local.¹⁰²

A priori, a lógica econômica e de mercado defendida pelas concessionárias, supostamente embasada pelos dispositivos supramencionados, em especial pela LGT, leva a conclusão da possível legitimidade e legalidade da cobrança da assinatura básica. No entanto, esta inferência deixa de merecer razão após uma minuciosa análise destes mesmos artigos, utilizados com o fito de fundamentar a instituição da tarifa.

Cumpre destacar que a mera manutenção da infraestrutura do serviço telefônico não constitui na efetiva prestação deste, como insistem os defensores da legalidade

¹⁰⁰ PAULETTI, José Fernandes. **Tarifa e evolução da telefonia fixa**. Disponível em: <http://www.abrafix.org.br/busca_base.php?acao=retornar&busca=tarifa%20e%20evolucao%20da%20telefo%20nia%20fixa&i=4&id=752>. Acesso em 17.08.2009.

¹⁰¹ BENETI, Ana Carolina Aguiar. **A legalidade da tarifa de assinatura**. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/emdebate/anac01.asp>>. Acesso em: 17.08.2009

¹⁰² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O poder normativo das Agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: n. 31, 2005. p 63

da cobrança.¹⁰³ Não se pode confundir prestação efetiva de um serviço com os meios e mecanismos de sua consecução. O Decreto n. 6.654, de 20 de novembro de 2008, que aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicações, prescreve em seu artigo 1º, parágrafo 1º, a definição de serviço telefônico fixo comutado (STFC), como sendo “o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”. Assim, com brilhantismo, argumenta o Ministro do STJ, Herman Benjamin:

Com isso em mente, não parece tão complicado, tomando a definição legal do artigo 1º, extrair que o objeto da obrigação do serviço telefônico fixo comutado é a “transmissão de voz e outros sinais” do assinante-consumidor entre telefones (pontos) determinados. Dito de outra forma, no contrato em questão, a prestação da concessionária corresponde à “transmissão de voz e outros sinais”, para tanto “utilizando processos de telefonia”. Essa a razão de ser do contrato ou, se quiserem, a utilidade do contrato, para usar a linguagem econômica. Logo, “os processos de telefonia” (aí incluídos equipamentos, tecnologias e softwares) são meios de realização da contraprestação da concessionária.¹⁰⁴

Conclui o Ministro, com muita propriedade, que não cabe à ANATEL instituir duas remunerações distintas, uma sedimentada na obrigação principal, qual seja a “transmissão de voz e outros sinais” e outra baseada em acessórios, que compreendem os “processos de telefonia”. Ora, quando o consumidor realiza chamadas já está remunerando a operadora pelo objeto principal do contrato, que engloba, por conseguinte, seus acessórios. Ressalte-se que a competência de estabelecer a estrutura tarifária conferida à ANATEL,

¹⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O poder normativo das Agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez Informação, n. 31, 2005. p. 63

¹⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

através do artigo 103 da LGT, restringe-se a “cada modalidade de serviço” e não aos meios de contraprestação deste.¹⁰⁵ Segue a argumentação de Herman Benjamin:

Imagine-se a situação de confusão do consumidor se lhe fosse cobrado separadamente, no supermercado, pelo custo de manutenção e reposição de gôndolas e do sistema de ar condicionado; no edifício-garagem, pelo custo dos elevadores, no cinema, pelo custo dos projetores; no hospital, pelo custo das camas e dos armários; na escola pelo custo das cadeiras, do giz e do quadro-negro. Tudo isso sob pretexto de que se estaria cobrando pela “disponibilização do serviço”, o que é eufemismo para dizer que se cobra pelos equipamentos viabilizadores do serviço.¹⁰⁶

Guilherme Ferreira da Cruz, em plena sintonia com a inteligência acima descrita aduz:

É que – sendo o preço formado pelo custo da produção/manutenção do produto/serviço, acrescido de uma margem de lucro – resta inviável à concessionária cobrar em separado do consumidor outros custos (não especificados nem, em geral, provados) decorrentes da mesma prestação de serviços (atos preparatórios), já remunerada pela medição dos pulsos ou por regra específica, se adicionais. Pensar-se o contrário seria a consagração do bis in idem.¹⁰⁷

A Lei Geral de Telecomunicações é vista pelas próprias concessionárias como norma de cunho especial, em razão do disposto no parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal. Com efeito, segundo as operadoras, apenas ela regularia a questão tarifária do setor de telecomunicações, afastando assim o CDC. Como visto no capítulo anterior, tal sustentação não pode subsistir, já que a melhor solução é o “Diálogo das Fontes”. Ora, no entanto, não perceberam que a tão aclamada LGT também não legitima a cobrança de

¹⁰⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008

¹⁰⁷ CRUZ, Guilherme Ferreira da. A ilegalidade da abusiva tarifa de assinatura mensal do serviço de telefonia fixa e o conseqüente direito à repetição do indébito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, 2005, p. 379.

uma tarifa baseada na simples disponibilização do serviço, mas apenas na sua efetiva prestação.¹⁰⁸

Assim sendo, a Resolução da ANATEL n. 426, de 09 de dezembro de 2005, que substituiu a de n. 85, de 30 de dezembro de 1998, e de forma expressa prevê a referida tarifa, é ilegal, já que vai de encontro às disposições da Lei Geral de Telecomunicações, bem como do Código de Defesa do Consumidor, assunto que será abordado em momento oportuno.¹⁰⁹

É sabido que um ato administrativo emanado do Poder Público não pode ir além das disposições legais, sob pena de transgredir o princípio da legalidade, consubstanciado nos artigos 5º, inciso II e 37, *caput*, da Constituição Federal. Cabe a norma administrativa apenas materializar e concretizar a lei, restringindo-se aos limites por ela impostos, não podendo de maneira alguma criar novos deveres ou direitos.¹¹⁰

Cumpre também elucidar que, além da manifesta ilegalidade da tarifa, é inadmissível a indagação de vincular a cobrança à manutenção de serviços supostamente gratuitos, como a capacidade de recepção de ligações e realização de chamadas a cobrar, como salientado acima pela advogada Ana Carolina Beneti. Se o aparelho telefônico está apto

¹⁰⁸ SANTANA, Hector Valverde. **A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa**. Brasília: Revista Jurídica, v. 9, n.84, 2007, p. 125. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf>. Acesso em: 03.04.2009.

¹⁰⁹ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 125. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf>. Acesso em: 03.04.2009.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 68.

a receber chamadas, significa que quem as realiza, bem como recebe a ligação a cobrar confere a devida remuneração à concessionária.¹¹¹

Infere-se, com efeito, que assinatura básica constitui um mecanismo inviabilizador da universalização do serviço de telecomunicações e não garantidor desta, como tentam justificar as operadoras. A tese foi abordada no primeiro capítulo deste estudo, no entanto, cabe reforçá-la mais uma vez. O consumidor, principalmente aquele inserido em parcelas mais carentes da sociedade, tem evidente dificuldade na manutenção de sua linha telefônica, em virtude de infundada cobrança. O argumento de que a tarifa mensal visa à expansão da infraestrutura, com o intuito de atingir as mais diversas áreas do território brasileiro e assim universalizar o serviço, não condiz com o atual cenário, que atesta uma verdadeira “estagnação da planta de telefonia fixa e a existência de terminais em estoque”.¹¹²

Conclui-se que esta mensalidade cobrada do consumidor acaba por afrontar normas consubstanciadas na Lei Geral de Telecomunicações, assim como seus princípios basilares, tais como a universalização do serviço e modicidade tarifária.¹¹³

3.2 Assinatura básica à luz do Código de Defesa do Consumidor

Como ponderado no capítulo anterior, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se indiscutivelmente à relação firmada entre a empresa de telefonia fixa e o usuário, visto se tratar de uma típica relação de consumo. Com efeito, as disposições consubstanciadas

¹¹¹ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 124. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf>. Acesso em: 03.04.2009.

¹¹² FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo:Revista dos Tribunais, n. 59, 2006, p. 33.

¹¹³ NADER, Ana Rita Nascimento Nery; NADER, Alexandre. **Ilegalidade da assinatura de telefonia fixa**. Repertório IOB de jurisprudência : civil, processual, penal e comercial, n.20,2005. p.615.

no instrumento jurídico em questão devem, necessariamente, estar em consonância com o microsistema consumerista.¹¹⁴

Inicialmente, cumpre destacar que o contrato celebrado entre as operadoras de telefonia fixa e o consumidor é de adesão, o que evidencia sua vulnerabilidade, já que este último não participa da fase de preparação do conteúdo das cláusulas.¹¹⁵

Consciente dessa realidade, o legislador do CDC preocupou-se em coibir a eventual prática e formação de cláusulas abusivas. O artigo 6º, inciso IV, do CDC evidencia este propósito ao conferir como direito básico do consumidor sua proteção contra o abuso do direito por parte do fornecedor.¹¹⁶

Como já salientado, a assinatura básica tem por fundamento o custeio da disponibilidade do serviço, a fim de que este, segundo as empresas, seja prestado em condições mínimas de qualidade. Atualmente, o consumidor, que opta pelo Plano Básico, adquire uma franquia de 200 minutos. Os minutos não utilizados em um mês não são aproveitados no mês seguinte. Assim sendo, o consumidor efetua seu pagamento não em virtude da efetiva utilização do serviço, mas apenas para garantir sua manutenção. Tal prática é vedada pelo CDC, nos termos do artigo 39, inciso I que assim dispõe:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I- condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, **sem justa causa, a limites quantitativos**. [grifou-se]

¹¹⁴ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 124. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

¹¹⁵ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 124. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

¹¹⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 131

Ora, à luz do CDC, não há justo motivo para cobrança, tendo em vista que é dever da concessionária a prestação contínua de serviço público essencial, sem interrupções, não podendo de forma alguma repassar tal obrigação ao consumidor.¹¹⁷ O artigo 22 do CDC estabelece a obrigação de continuidade do serviço público essencial. Ademais, a própria LGT, em seu artigo 79, § 2º, dispõe sobre o dever da concessionária de garantir a fruição ininterrupta do serviço. Neste mesmo diapasão, Guilherme Ferreira da Cruz leciona:

Observe-se, por oportuno, que o serviço de telecomunicações é do tipo público essencial, e por isso, traz ínsita a sua prestação a continuidade – princípio explícito de atuação, autêntico dever imposto à concessionária – sem condicioná-la ao pagamento de nenhuma tarifa (já que ela não é um fim em si mesma) além do preço devido por força da utilização efetiva dos serviços *strictu sensu*.¹¹⁸

Com efeito, tem-se que a cláusula que determina o pagamento mensal da assinatura básica é abusiva, já que coloca o consumidor em uma situação de “desvantagem exagerada”, nos termos do artigo 51, inciso IV. Está eivada, portanto, de nulidade absoluta, não produzindo efeitos jurídicos.¹¹⁹

Igualmente, o fato de a cobrança não estar em sintonia com o regime jurídico a que pertence, qual seja a Lei Geral de Telecomunicações, por violar princípios basilares como o da universalização e modicidade tarifária, faz presumir exagerada a vantagem atribuída à operadora, nos termos do artigo 51, § 1º, inciso I, do CDC.¹²⁰

¹¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

¹¹⁸ CRUZ, Guilherme Ferreira da. A ilegalidade da abusiva tarifa de assinatura mensal do serviço de telefonia fixa e o conseqüente direito à repetição do indébito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, n. 55, 2005, p. 379.

¹¹⁹ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 124. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

¹²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

Com o intuito de reforçar o argumento acima, ressalte-se pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, cujos dados atestam o caráter desuniversalizador da assinatura básica. Segundo o IDEC, apenas 40% da população inserida nas classes D e E, que constituem metade dos brasileiros, possui telefone fixo em sua residência. Tal estudo destacou ainda o grande aumento que este item da cesta telefônica sofreu nos últimos anos. O crescimento do valor da assinatura básica sempre esteve acima da inflação oficial medida pelo IPCA, Índice Nacional ao Consumidor Amplo. Enquanto a inflação cresceu 183,82%, a tarifa mensal aumentou 3.846%, considerando o período de 1995 a 2008.¹²¹

O condicionamento do consumidor, sem justa causa, ao fornecimento do serviço mediante pagamento de assinatura básica infringe ainda outro princípio fundamental da Lei Geral de Telecomunicações, qual seja o da defesa do consumidor, previsto em seu artigo 5º. Tal disposição torna ainda mais explícita a harmonia entre a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, e o Código de Defesa do Consumidor.¹²²

Ressalte-se que a defesa do consumidor é princípio norteador da ordem econômica e financeira do país. É cediço que o valor da livre iniciativa constitui um dos pilares da atividade econômica, no entanto, seu exercício não pode ir de encontro à proteção do consumidor, conforme consubstancia o artigo 170, inciso V da Constituição.¹²³

Ademais, a defesa do vulnerável consumidor corresponde à finalidade constitucional comum de ambos os diplomas legais. Sua proteção consiste em dar concretude

¹²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em: <http://www.idec.org.br/telecom/areas/telefonica_fixa/> Acesso em: 17.09.2009

¹²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

¹²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de nossa Carta da República. Por fim, não pode este direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição ser preterido em face de um simples interesse econômico, como insistem as empresas de telefonia.¹²⁴

3.3 Natureza jurídica da assinatura básica.

Um ponto relevante para esclarecer a problemática motivadora desta monografia é a definição da natureza jurídica da assinatura básica, ou seja, se esta remuneração constitui em uma tarifa, também denominada preço público, ou em uma taxa, espécie de tributo.

Antes de analisar a essência jurídica da remuneração efetuada mensalmente pelo consumidor à concessionária é necessário fazer a devida distinção entre taxa e tarifa, já que ambas podem ser cobradas, em razão da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis.¹²⁵

O artigo 77 do Código Tributário Nacional determina o fato gerador do tributo taxa:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

É legítimo, portanto, que o Poder Público institua a cobrança de uma taxa baseada na efetiva ou potencial prestação do serviço público, que deve ser específico e divisível, ou seja, passível de mensuração individualizada. Estes são também denominados

¹²⁴ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 123. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

¹²⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 487

serviços prestados *uti singuli*.¹²⁶ Com efeito, o simples fato de um serviço estar disponível ao contribuinte já constituiu o fator gerador do respectivo tributo, o que caracteriza sua compulsoriedade.¹²⁷

Por ser compulsória, de natureza publiscista, sua instituição depende, necessariamente, de existência de lei, submetendo-se ainda ao princípio da anterioridade previsto na alínea b, inciso III, do artigo 150 da Constituição Federal.¹²⁸

Serviços públicos próprios do Estado são remunerados apenas, mediante taxa. Enquadram-se neste caso a prestação de serviço jurisdicional e o exercício do poder de polícia, que só podem ser exercidos diretamente pelo ente estatal.¹²⁹

No entanto, aqueles serviços considerados impróprios, assim compreendidos os que permitem sua delegação as entidades privadas, através de concessão, por exemplo, admitem a remuneração através da tarifa ou preço público.¹³⁰ Tais serviços inserem-se no mercado consumo.¹³¹

Diferentemente da taxa, a tarifa tem por característica elementar a facultatividade, ou seja, só pode ser cobrada a partir do exercício de fato do serviço e jamais,

¹²⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 472.

¹²⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 488.

¹²⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 488.

¹²⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 491.

¹³⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 491.

¹³¹ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 123. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf>. Acesso em: 03.04.2009.

em razão de sua disponibilidade. São flexíveis, podendo ser criadas através de um ato administrativo e não necessariamente por meio de lei.¹³²

Sacha Calmon Navarro Coelho estabelece a diferenciação entre taxa e preço público:

A realidade está em que os serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de Direito Público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, “b”), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só podem ser feitos por lei e só têm eficácia para ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço, mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão[...]¹³³

Não há dúvida de que a remuneração do serviço telefônico fixo detém natureza jurídica de tarifa, visto se tratar de um serviço enquadrado no mercado de consumo, delegado as empresas privadas, exploradoras de atividade econômica. Com efeito, só poderia ser exigida dos consumidores quando estes utilizassem efetivamente o serviço telefônico, ou seja, quando realizassem suas chamadas. Não há legitimidade no caráter compulsório da assinatura básica, tendo em vista que sua previsão não possui sede em lei, mas, apenas, na Resolução nº 426/2005 da Anatel.¹³⁴

¹³² SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 123. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

¹³³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 491

¹³⁴ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista Jurídica**, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 123. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

Neste sentido, Renato Franco de Almeida e a Aline Bayeri Coelho sustentam:

Destarte, ao cobrar quantias de forma compulsória e pela simples disponibilidade do serviço através da chamada assinatura, as operadoras auferem vantagens duas vezes: uma, porque cobram valores sem que haja a efetiva utilização do serviço pelo consumidor, ou seja, pela mera disponibilidade, como se verdadeira taxa fosse – o que no caso deste serviço ensejará enriquecimento sem causa para as respectivas operadoras, uma vez que efetivamente não prestaram serviço algum; duas, não arcam com as agruras próprias das taxas como espécie tributária, quais sejam, previsão e majoração somente através de lei em sentido estrito (princípio da legalidade tributária), aumento do valor somente de forma anual (princípio da anuidade), desembaraço das regras constitucionais limitatórias do poder de tributar (limites ao poder de tributar), etc.¹³⁵

Resta concluir que a compulsoriedade da assinatura básica não condiz com a característica elementar de uma tarifa ou preço público, qual seja a facultatividade.¹³⁶ Tal conclusão reforça ainda mais a tese de que o pagamento efetuado pelo consumidor, mês a mês, independentemente da utilização do serviço, constitui em verdadeira afronta ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 356.

No âmbito do STJ cumpre destacar o julgamento do Resp nº 911.802/RS interposto pela Brasil Telecom em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.¹³⁷

¹³⁵ ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. **Assinatura nos serviços de telefonia: ilegalidade.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>> Acesso em: 26.08.2009.

¹³⁶ SANTANA, Hector Valverde. A ilegalidade da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. Revista Jurídica, Brasília: v. 9, n.84, 2007, p. 123. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf.> Acesso em: 03.04.2009.

¹³⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS. Ementa: [...] 4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal. 5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa. 6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei. 7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente

Em síntese, o Ministro Relator José Delgado entendeu que a tarifa de assinatura básica é legal, além de ser contratualmente prevista. Ademais, seria a cobrança um fator indispensável à prestação eficiente do serviço de telecomunicações, fundamentando tal assertiva no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como nos demais argumentos já trabalhados neste estudo.¹³⁸

Outrossim, baseou seu voto em precedentes que decidiram pela legalidade da cobrança das tarifa mínima de água.¹³⁹

Os demais Ministros acompanharam o voto de relator, com exceção do Ministro Herman Benjamin, que após pedir vista do processo elaborou importante voto pugnando pela ilegalidade e abusividade da assinatura básica. Nos dizeres do Ministro:

e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência. 8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados. 9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. 10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação ...”. 11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica. 12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas. 13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas. 14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos. 15. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista. 16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência. [...] 21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários. 22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame. [...] Rel. Min. José Delgado. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008

¹³⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS. Rel. Min. José Delgado. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008

¹³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS. Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

A assinatura básica é uma forma de discriminação ao contrário, ao cobrar de ricos e pobres o mesmo valor e a mesma quantidade de pulsos/minutos, como se fossem iguais. Nisso, duplamente viola o art. 3º da LGT: inviabiliza o acesso de largas parcelas da população aos serviços de telefonia fixa residencial (inciso I) e discrimina "quanto às condições de acesso e fruição do serviço" (inciso II). Numa palavra, é o cavalo-de-tróia da exclusão digital.¹⁴⁰

No que tange à aplicação do mesmo entendimento firmado quando julgada a questão da tarifa de água, sustenta novamente o Ministro Herman Benjamin:

Algo muito diverso se dá com eletricidade, água e gás: o meu consumo só a mim aproveita; conseqüentemente, ninguém se dispõe, exceto nos casos de filantropia ou subsídio público, a remunerar a prestação do serviço a terceiro. Essas peculiaridades da natureza técnica da telefonia fixa ensejam, a meu juízo, sua classificação como serviço de consumo ou benefício plurissubjetivo, em oposição à classe majoritária do serviço de consumo ou benefício unissubjetivo. Naquele, o encontro do consumidor com seu fornecedor é, em regra, na companhia de outro ou outros consumidores. Nesta, ao revés, o consumidor espera que o fornecedor do serviço o atenda, de preferência melhor que aos outros, pois a natureza jurídica do objeto contratado admite a monopolização dos benefícios do serviço.¹⁴¹

Cabe destacar mais uma vez, a partir da argumentação de Herman Benjamin, que a não realização de chamadas por parte de um consumidor não inviabiliza a remuneração da concessionária. Como a ligação telefônica beneficia pelo menos dois usuários, sempre haverá a respectiva gratificação.¹⁴²

O julgamento do Resp n. 911.802 pela 1ª Seção corresponde ao precedente de maior relevância na esfera do STJ quanto a cobrança da assinatura básica, pois estabeleceu a diretriz de edição da Súmula n. 356, cujo enunciado é importante frisar: “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia.”

¹⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamim. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

¹⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado. Voto Min. Herman Benjamim. Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

¹⁴² CRUZ, Guilherme Ferreira da. A ilegalidade da abusiva tarifa de assinatura mensal do serviço de telefonia fixa e o conseqüente direito à repetição do indébito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, 2005, p. 380.

3.6 Do Supremo Tribunal Federal

A discussão sobre a assinatura básica já alcançou a Suprema Corte Constitucional Brasileira. Em 2008, a Repercussão Geral da matéria foi reconhecida na apreciação dos autos do RE n. 576847, de relatoria do Ministro Eros Grau.¹⁴³

Já neste ano, em recente decisão proferida nos autos do RE n. 567454, cujo Relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto, ficou estabelecida a competência dos Juizados Especiais para julgar as ações que versam sobre a questão da tarifa mensal do serviço de telefonia fixa.¹⁴⁴

Foi decidido, ainda, que a matéria é de índole infraconstitucional, já que trata basicamente de uma discussão adstrita a uma relação de consumo. Nas palavras do Relator:

Por outra volta, a discussão dos autos diz respeito à legalidade da cobrança de assinatura básica mensal. É dizer: a questão discutida é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial estadual. À derradeira, devo pontuar que o mérito desta controvérsia se circunscreve à legislação infraconstitucional pertinente, notadamente o Código de Defesa do Consumidor.¹⁴⁵

¹⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Recurso Extraordinário n. 576847. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 01. maio. 2008. DJ 01.08.2008

¹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Recurso Extraordinário n. 567454. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 18.jun.2009. DJ 28.08.2009

¹⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Recurso Extraordinário n. 567454. Ementa: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Recurso Extraordinário n. 567454. Ementa: EMENTA: TELEFONIA. COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA. DECISÃO RECORRIDA QUE SE LIMITOU A EXAMINAR O CONTRATO ENTRE A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO E O CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ANATEL. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. CAUSA DECIDIDA, TÃO-SOMENTE, COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. 1. Caso em que não se está a discutir o contrato de concessão entre a agência reguladora e a concessionária de serviço público. A controvérsia não vincula senão o consumidor e a concessionária de serviço de telefonia. De mais a mais, a agência reguladora a ANATEL não manifestou, expressamente, interesse na solução da controvérsia. Pelo que não há falar de interesse, jurídico ou econômico, da ANATEL. 2. A questão alusiva à cobrança da assinatura básica é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial. 3. O mérito da causa está circunscrito à legislação infraconstitucional, notadamente o Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. Fica mantido o acórdão impugnado, que deu pela ilegalidade da cobrança da assinatura básica. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 18.jun.2009. DJ 28.08.2009

Tal julgado manteve a decisão dos Juizados Especiais Cíveis da Bahia, cujo teor versa pela ilegalidade da cobrança da tarifa mensal do serviço de telefonia fixa.¹⁴⁶

No entanto, a supramencionada decisão ainda é passível de mudança, em razão do teor do julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 571.572/BA, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, que entendeu pela possibilidade de ajuizamento de Reclamação em face de decisões proferidas pelos Juizados Especiais Estaduais que contrariem jurisprudência firmada pelo STJ.¹⁴⁷

Evidencia-se que a questão da assinatura básica ainda suscita muita discussão no âmbito do Poder Judiciário, em que pese a existência da Súmula 356 do STJ, que fixou o entendimento de que a cobrança por parte das empresas de telefonia é legal e legítima. A repercussão também encontra relevância no âmbito do Poder Legislativo, onde tramitam diversos projetos de lei que objetivam a extinção da assinatura mensal. O exame de tais projetos é de grande importância, já que enquanto não houver uma lei que extinga a tarifa mensal, a palavra final sobre a assinatura básica continuará sendo do STJ.

3.7 Do Poder Legislativo

Encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5.476/2001, de autoria do Deputado Federal Marcelo Teixeira do PMDB/CE, que tem por finalidade a modificação da Lei Geral de Telecomunicações, “determinando que a estrutura tarifária dos serviços de telefonia fixa comutada, prestados em regime público, seja formada apenas pela remuneração das ligações efetuadas.” Existem, ainda, mais doze proposições

¹⁴⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109692&caixaBusca=N>. Acesso em 31.08.2009

¹⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572/BA. Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 26.Ago.2009.

apensadas ao projeto, que também objetivam a proibição da cobrança da tarifa mensal de telefonia fixa.¹⁴⁸

A principal justificativa para alterar a Lei Geral de Telecomunicações é a evidente dificuldade de acesso da população mais carente ao serviço telefônico fixo, em virtude do alto valor da tarifa básica mensal. Destaca que a universalização do serviço resta prejudicada diante deste cenário.¹⁴⁹

O referido projeto já passou pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, com parecer favorável do Relator Deputado Federal Luiz Bittencourt.¹⁵⁰ Espera-se que, ainda em 2009, seja realizada uma Audiência Pública, dada a incontestável relevância do tema.¹⁵¹

¹⁴⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/pro_p_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2001&Numero=5476&sigla=PL>. Acesso em 31.08.2009

¹⁴⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5476&intAnoProp=2001&intParteProp=1>>. Acesso em: 31.08.2009

¹⁵⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/pro_p_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2001&Numero=5476&sigla=PL>. Acesso em 31.08.2009

¹⁵¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdc/noticia/fim-da-assinatura-basica-de-telefonia-sera-tema/?searchterm=assinatura%20básica>>. Acesso em: 31.08.2009

CONCLUSÃO

A política de privatizações, concretizada em 29 de julho de 1998, com a venda das empresas estatais que constituíam o sistema Telebrás, tinha por escopo a reestruturação das telecomunicações brasileiras, cujos objetivos principais eram a universalização do serviço, a competição e a busca por tarifas e preços módicos. O usuário-consumidor, a partir daí, ocuparia uma posição de destaque já que possuiria liberdade para escolher a fornecedora que melhor atendesse seus propósitos. Para materializar este ideal, nasce a Lei Geral de Telecomunicações, que acaba por criar um órgão regulador e fiscalizador da prestação do serviço, a ANATEL.

No entanto, pode-se concluir que após 11 anos de privatizações, o cenário ainda não condiz com os objetivos ora traçados. No setor de telefonia fixa local vigora um incontestável monopólio privado. As empresas-espelho não conseguem competir de maneira igualitária com as concessionárias do serviço de telecomunicações, que são indiscutivelmente mais poderosas economicamente, concentrando em suas mãos pelo menos 90% do mercado.

O serviço de telefonia fixa que, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações detém caráter essencial, obrigando as concessionárias a cumprirem metas de universalização é, porém, o menos universal. De fato, o número de terminais telefônicos expandiu consideravelmente após o leilão das estatais, no entanto, de que adianta levar o serviço às áreas de difícil acesso, se a população carente não possui condições de manter sua linha telefônica, em razão da cobrança de uma vultosa tarifa mensal, distante de ser considerada módica, a assinatura básica.

Incontestável é a presença de uma relação de consumo entre as concessionárias e os usuários, sejam estes pessoas físicas ou jurídicas. Com efeito, a aplicação

do Código de Defesa do Consumidor é obrigatória, já que consiste em uma norma de ordem pública e de caráter cogente. A existência de uma lei especial que regula o setor de telecomunicações, a LGT, não afasta a incidência do CDC e vice-versa. Necessário é a busca de um fim harmônico e comum entre ambos os diplomas legais, através do “Diálogo das Fontes”. Este fim deve ser o mais compatível com os direitos e garantias fundamentais da Constituição, que, no caso em tela, é a defesa do consumidor. O argumento de que a supressão da tarifa violaria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão jamais pode preterir este direito fundamental que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

À luz do CDC, a cobrança da assinatura básica do serviço de telefonia é abusiva, nos termos do seu artigo 39, inciso I, já que condiciona o fornecimento do serviço ao pagamento mensal de uma tarifa desvinculada do uso efetivo por parte do usuário. A vantagem atribuída à concessionária, mediante a cobrança mensal é exagerada, tendo em vista que esta última viola o sistema jurídico a que pertence, no caso, os princípios fundamentais da LGT, universalização e modicidade tarifária, nos termos do parágrafo 1º, inciso I, do artigo 51 do CDC. Com efeito, a cláusula do contrato de concessão que dispõe sobre a assinatura básica é nula de pleno direito, por colocar o consumidor em uma situação de desvantagem exagerada, conforme dispõe o artigo 51, inciso IV, do CDC.

Da mesma forma, conclui-se que a assinatura básica não possui sede legal. A LGT não autoriza a Anatel instituir tarifa fundada na disponibilização do serviço telefônico fixo. Portanto, a Resolução nº 426/2005 é ilegal, por dispor além do que está previsto na LGT, impondo uma nova obrigação ao consumidor. Ademais, o pagamento compulsório da assinatura básica não corresponde com o regime facultativo atribuído às tarifas ou preços públicos.

Por todo o exposto, não há como defender outro entendimento senão o de que a cobrança da tarifa mensal do serviço telefônico fixo é ilegal e abusiva à luz da Lei Geral de Telecomunicações e do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Contrato PBOA/SPB N° 120/2006-ANATEL**. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=202295&assuntoPublicacao=Contrato%20de%20concessão.pdf>> Acesso em: 16.08.2009

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Disponível em:

<http://www.anatel.gov.br/hotsites/conversao_pulso_minuto/tarifacao.htm> Acesso em: 02.04.09

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório Anual de 2007**.

Disponível

em:<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=222356&assuntoPublicacao=Relatório.pdf>> .>Acesso em: 02.04.09

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de Ouvidoria de junho de 2004 a junho de 2005**. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=114466&assuntoPublicacao=Relatório.pdf>> Acesso em: 02.04.09

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de Ouvidoria do ano de 2007**. p. 17 Disponível em:

<www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=208505> Acesso em: 02 abr. 09

ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. **Assinatura nos serviços de telefonia: ilegalidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>> Acesso em: 26.08.2009.

BENETI, Ana Carolina Aguiar. **A legalidade da tarifa de assinatura**. Disponível em:

<<http://www.teleco.com.br/emdebate/anac01.asp>>. Acesso em: 17.08.2009

BENJAMIM, Antônio Herman Vasconcellos e. **O conceito jurídico de consumidor**.

Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8866/O_Conceito_Jur%c3%addico_do_Consumidor.pdf?sequence=1> Acesso em: 20.05.2009

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Pollis-UnB, 1990.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5476&intAnoProp=2001&intParteProp=1>> Acesso em: 31.08.2009

CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:

<<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdc/noticia/fim-da-assinatura-basica-de-telefoniasera-tema/?searchterm=assinatura%20básica>> Acesso em 03 abr.09

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:

<http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2001&Numero=5476&sigla=PL> Acesso em 31.08.2009

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.21, 1997.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. A ilegalidade da abusiva tarifa de assinatura mensal do serviço de telefonia fixa e o conseqüente direito à repetição do indébito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo:Revista dos Tribunais, n. 55, 2005.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços públicos essenciais: O princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor**. Porto Alegre : Sergio Antonio Frabris Editor, 2004.

DIÁLOGOS sobre o Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, vol.II, 2008.

DIAS, Lia Ribeiro; CORNILS Patrícia. **Telecomunicações no desenvolvimento do Brasil**. São Paulo: Momento Editorial, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e Defesa do Consumidor no Setor de Telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, 2006.

FOLHA ONLINE. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u314639.shtml>>. Acesso em: 04.04.09

GOMES, Daniela Vasconcellos. Os Princípios da Boa-fé e da Função Social do Contrato e a Teoria Contratual Contemporânea. **Revista de Direito Privado**, nº 26, ano 7, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em:

<http://www.idec.org.br/telecom/areas/telefonias_fixa/>. Acesso em: 17.09.2009.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de: Cláudia Lima Marques. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: ano 88, v. 759, 1999.

JUNIOR, Umberto Celli; SANTANA, Cláudia Silva. Telecomunicações no Brasil: Balanços e Perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 238, 2004.

LEI Nº 9.472, de 16.07.1997. Dispõe sobre a organização do serviço de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08, de 1995. DOU de 17.07.1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, 2003.

_____. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74. Aspectos Materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, n. 231/MC, de 10 de dezembro de 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Ana Rita Nascimento Nery; NADER, Alexandre. **Ilegalidade da assinatura de telefonia fixa**. Repertório IOB de jurisprudência : civil, processual, penal e comercial, n.20,2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

O GLOBO. Disponível em:

<<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/10/16/anatel aprova artigos do novo pgo que permitem fusao oi-brt-585985614.asp>> Acesso em: 04.04.09

PAULETTI, José Fernandes. **Tarifa e evolução da telefonia fixa**. Disponível em:

<http://www.abrafix.org.br/busca_base.php?acao=retornar&busca=tarifa%20e%20evolucao%20da%20telefonia%20fixa&i=4&id=752> Acesso em 17.08.2009.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.65, 2008.

SANTANA, Héctor Valverde. A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa. **Revista jurídica**: Brasília, v.9, n.84, 2007, p.120. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf> Acesso em: 03.04.2009.

SEMINÁRIO ASSINATURA BÁSICA TELEFONIA FIXA, jun. 2005, Brasília (DF).

Disponível em:

<<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/cdc/documentos/nota%20taquigraficas/notas-taquigraficas-de-2005/nt02062005.pdf>> Acesso em 23.08.2009

SIQUEIRA, Ethelvaldo. **Três momentos da história das telecomunicações no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Dezembro Editorial, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O poder normativo das Agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: n. 31, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Recurso Especial n. 911.802/RS.Rel. Min. José Delgado.Brasília, DF, 24. out. 2007. DJ 01.09.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial n. 476.428/SC. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de jun. 2005. DJ de 09.05.2005, p. 390.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109692&caixaBusca=N.>> Acesso em 31.08.2009

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572/BA. Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 26.Ago.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Recurso Extraordinário n. 567454. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 18.jun.2009. DJ 28.08.2009

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Recurso Extraordinário n. 576847. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 01. maio. 2008. DJ 01.08.2008

TEIXEIRA, Rogério Assis; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Evolução das Telecomunicações no Brasil 1950-2001: caso da telefonia. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza: v. 34, n. 1, 2003.

TELECO. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/comentario/com270.asp>>. Acesso em: 04.04.09

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para um reforma legislativa**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca10.pdf>> Acesso em: 23.05.09

_____. **Temas de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2004.